

Tribunal fédéral – 4A_357/2022

destiné à la publication

1^{ère} Cour de droit civil

Arrêt du 30 janvier 2023 (d)

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Diana Tettü Pochon, Salaire afférent aux vacances des employés à plein temps avec un salaire horaire ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_357/2022, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2023

Newsletter juin 2023

Indemnisation des vacances des employés avec un salaire horaire ; activité irrégulière

Art. 329d CO

unine
Université de Neuchâtel
Centre d'étude
des relations de travail



[Salaire afférent aux vacances des employés à plein temps avec un salaire horaire ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_357/2022](#)

[Diana Tettü Pochon, avocate, CAS Droit du Travail](#)

I. Objet de l'arrêt

Dans un arrêt rendu en allemand le 30 janvier 2023 destiné à la publication, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence relative au salaire afférent aux vacances pour les employés avec un salaire horaire ou variable : en cas d'emploi à plein temps auprès du même employeur, l'inclusion exceptionnelle du salaire afférent aux vacances dans le salaire ordinaire (indemnité vacances) au motif que l'activité de l'employé d'un mois à l'autre est irrégulière est exclue.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Madame B. (demanderesse puis intimée dans la procédure) a été engagée le 1^{er} septembre 2003 par la société A. AG en qualité d'employée d'exploitation dans le domaine des emballages à un taux d'occupation de 100%. Le contrat de travail prévoyait une durée hebdomadaire du travail de 45 heures et un salaire horaire de CHF 18.- bruts auquel s'ajoutait une indemnité pour les vacances de 8.33% (augmentée à 10.64% dès le mois de janvier 2019).

Dès le 16 mars 2020, en raison de la pandémie de Covid-19 et de l'ordonnance du Conseil fédéral y relative, l'employeuse a ordonné à l'employée de prendre ses vacances. Par courrier du 18 juin 2020, elle a ensuite résilié le contrat de travail de l'employée avec effet au 30 septembre 2020 en raison d'une réorganisation.

Agissant devant le tribunal civil d'arrondissement de Bâle-Campagne Ouest suite à l'échec de la conciliation, l'employée a conclu au paiement par son ex-employeuse de diverses prétentions pour un total de CHF 25'933.80 plus intérêts, dont CHF 17'340.70 bruts à titre de salaire afférent aux vacances. Par décision du 5 novembre 2021, le Président du tribunal civil d'arrondissement a partiellement admis la demande et condamné l'employeuse à payer en particulier le montant réclamé à titre de salaire afférent aux vacances.

Après avoir été déboutée par le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne par arrêt du 10 mai 2022¹, l'employeuse a déposé un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral et conclu au rejet des prétentions de l'employée.

B. Le droit

A l'appui de son recours devant le Tribunal fédéral, l'employeuse reproche à l'autorité cantonale d'avoir violé l'art. 329d CO en ayant considéré que l'activité à plein temps de l'employée n'avait pas été irrégulière. Selon l'employeuse, les récapitulatifs d'heures de travail effectuées par mois feraient ressortir des fluctuations démontrant une activité irrégulière qui justifierait de déroger contractuellement à l'art. 329d CO s'agissant du salaire afférent aux vacances. L'employeuse démontre à cet égard 49 variations des heures de travail mensuelles entre mars 2016 et septembre 2020, dont 27 atteignant 10% et plus, et 8 d'entre elles étant supérieures à 20%.

Selon l'art. 329d al. 1 CO, qui est une disposition relativement impérative, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. A cet égard, le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que selon la jurisprudence et la doctrine unanime, cette disposition signifie que, **durant ses vacances, l'employé ne peut être placé dans une position moins favorable sur le plan salarial que s'il avait travaillé**. La règle absolument impérative de l'art. 329d al. 2 CO prévoit par ailleurs que les vacances ne peuvent être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages pécuniaires pendant la durée des rapports de travail².

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite avoir exceptionnellement admis, en dérogation à cette règle légale, la compensation du salaire afférent aux vacances au moyen d'une indemnité payée avec le salaire courant (indemnité vacances)³. Cette exception s'est justifiée par le fait que l'application de la règle de l'art. 329d al. 2 CO pouvait se révéler problématique dans les cas d'occupations irrégulières de l'employé. Le **paiement d'une indemnité vacances avec le salaire ordinaire** n'est cependant admissible que moyennant la réalisation de **trois conditions**, l'une de nature matérielle et deux de nature formelle :

1. L'activité de l'employé doit être irrégulière.
2. Si un contrat de travail écrit est conclu entre les parties, l'indemnité vacances doit être clairement et expressément prévue dans celui-ci⁴.
3. Chaque décompte de salaire mensuel doit mentionner l'indemnité vacances de manière détaillée.

S'agissant de ces deux dernières conditions, la simple indication « indemnité vacances incluse » est insuffisante. Il est bien plus nécessaire de préciser le montant ou le

¹ Arrêt du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, section Droit civil, du 10 mai 2022 (400 22 36 vo2 [B11]), ci-après : « arrêt cantonal ».

² Arrêt commenté, consid. 2.2.1, § 1 et les réf. cit.

³ Arrêt commenté, consid. 2.2.1 § 2.

⁴ Si le contrat de travail est oral, l'indication du pourcentage ou du montant précis du salaire affecté aux vacances dans les décomptes de salaire est suffisant à démontrer l'accord passé par oral (ATF 129 III 493, consid. 3.3 ; arrêt TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016, consid. 3.2 ; CEROTTINI, *in* DÉFAGO/DUNAND/MAHON (éds), *Congés, vacances et flexibilisation du temps de travail*, « Collection CERT », Genève/Zurich 2023, p. 57.

pourcentage concret du salaire affecté aux vacances tant dans le contrat de travail que sur chaque décompte salaire⁵.

Si ces trois conditions ne sont pas remplies, l'employeur doit le paiement du salaire afférent aux vacances. Le fait que l'employé ait déjà effectivement bénéficié des vacances auxquelles il avait droit n'y change rien. L'employé qui, à la fin des rapports de travail, réclame le salaire afférent aux vacances sur la base de l'art. 329d al. 1 CO, n'agit pas de manière abusive. Il ne peut en aller différemment que dans certaines circonstances exceptionnelles, lorsque l'employé a effectivement perçu une forme de rémunération pendant ses vacances⁶.

Le Tribunal fédéral procède ensuite à une revue détaillée de sa jurisprudence relative à la condition matérielle permettant l'admission d'une indemnité vacances, c'est-à-dire **l'activité irrégulière de l'employé**⁷ :

- Il souligne tout d'abord n'avoir admis une telle indemnisation que de manière restrictive et exceptionnelle, en particulier **en cas de temps de travail très irrégulier de travailleurs à temps partiel**, comme cela ressort des arrêts publiés en la matière, dont le dernier remontait à 2003^{8,9}.

Il reprend ensuite sa jurisprudence non publiée :

- Dans un arrêt rendu en 2003, le Tribunal fédéral a considéré comme irrégulière l'activité d'une employée engagée à 100% comme veilleuse de nuit qui, en plus de ses quatre gardes de nuit hebdomadaires, correspondant à un temps plein, en effectuait parfois cinq ou plus. Bien que le Tribunal fédéral ait expressément indiqué dans cet arrêt que la jurisprudence n'avait admis la possibilité du paiement d'une indemnité vacances que pour les cas de travail à temps partiel irrégulier et non pour les activités à plein temps, il a néanmoins considéré qu'une exception se justifiait dans ce cas très particulier, en se référant aux difficultés pratiques liées au calcul du salaire afférent aux vacances¹⁰. Le Tribunal fédéral précise que cet arrêt avait été rendu en formation tripartite et ne se référait pas à l'ATF 129 III 493 rendu peu de temps auparavant sur le même sujet.
- Dans un cas jugé en 2009 où une ouvrière dans le domaine de l'emballage travaillait à plein temps avec des horaires réguliers et était payée par unité traitée, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une activité irrégulière permettant le paiement d'une indemnité vacances¹¹.
- Dans un jugement de 2017 concernant un menuisier engagé à l'heure, le Tribunal fédéral a considéré que l'activité du travailleur, fixée à 42,5 heures par semaine, devait être qualifiée de régulière et ne justifiait pas de déroger à la règle selon laquelle le salaire doit être versé au moment où les vacances sont prises¹².

⁵ Arrêt commenté, consid. 2.2.1 § 2 et les réf. cit.

⁶ Arrêt commenté, consid. 2.2.1 § 3 et les réf. cit.

⁷ Arrêt commenté, consid. 2.2.2.

⁸ ATF 118 II 136, consid. 3b, 129 III 493, consid. 3.2 et 129 III 664, consid. 7.2.

⁹ Arrêt commenté, consid. 2.2.2 § 1 et les réf. cit.

¹⁰ Arrêt TF 4C.90/2003 du 7 juillet 2003, consid. 2.4.3.

¹¹ Arrêt TF 4A_478/2009 du 16 décembre 2009, consid. 4.

¹² Arrêt TF 4A_561/2017 du 19 mars 2018, consid. 3.4.

- En 2020, dans une affaire relative à un chauffeur de véhicules d'élimination des déchets, le Tribunal fédéral a estimé, en se référant à l'arrêt non publié rendu en 2003¹³, qu'une activité irrégulière était possible même en cas d'emploi à plein temps¹⁴. Après renvoi et nouveau jugement de l'autorité cantonale, il a admis une activité irrégulière et partant l'admissibilité d'indemnités vacances payées avec le salaire courant. Il s'est fondé sur le fait que 35 des 56 décomptes salaires mensuels analysés présentaient une différence de 10% à 25% entre eux¹⁵.
- Dans un arrêt de 2021 relatif à une ostéopathe assistante employée à plein temps et rémunérée selon un pourcentage des heures effectivement facturées aux clients, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une activité irrégulière, précisant que le caractère variable du salaire en fonction du travail attribué ne permettait pas à lui seul une convention dérogeant à l'art. 329d CO¹⁶.
- Dans un autre arrêt de 2021, il a considéré que l'activité d'une enseignante travaillant dans une école privée, qui donnait au moins 35 heures de cours par semaine et était rémunérée par leçon, ne pouvait pas être qualifiée d'irrégulière¹⁷.

Sur la base de ce catalogue, le Tribunal fédéral conclut que, **de manière générale, l'on ne peut retenir une activité irrégulière permettant l'admission d'une indemnité vacances en cas d'emploi à plein temps**. Il rejette ainsi l'argument de la recourante selon lequel une activité irrégulière pourrait, par principe, aussi bien exister dans un emploi à 100% ou qu'à temps partiel¹⁸.

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que **l'art. 329d CO vise à garantir que l'employé dispose, au moment où il prend effectivement ses vacances, de l'argent nécessaire pour en jouir sans souci**. Celui-ci doit ainsi pouvoir se reposer sans qu'une perte de salaire relative aux vacances l'en dissuade. **Le salaire afférent aux vacances doit donc en principe être versé lorsque celles-ci sont effectivement prises**. En raison de la formulation claire de cette disposition légale impérative et de son but protecteur, les **exceptions** dans lesquelles une indemnité vacances est versée en même temps que le salaire ordinaire ne peuvent être admises qu'avec une extrême réserve. Il doit exister des **difficultés insurmontables qui rendent un paiement durant les vacances pratiquement irréalisable**. Le Tribunal fédéral cite comme exemple certains cas de travail à temps partiel chez différents employeurs¹⁹.

Dans les cas où l'employé travaille à 100% pour le même employeur, le Tribunal fédéral affirme ne pas identifier de difficultés insurmontables qui pourraient apparaître. Citant

¹³ Arrêt TF 4C.90/2003 du 7 juillet 2003.

¹⁴ Arrêt TF 4A_619/2019 du 15 avril 2020, consid. 3.4.

¹⁵ Arrêt TF 4A_31/2021 du 30 mars 2022, consid. 3.3.2.

¹⁶ Arrêt TF 4A_158/2021 du 11 novembre 2021, consid. 4.2.

¹⁷ Arrêt TF 4A_532/2021 du 27 décembre 2021, consid. 5.3.

¹⁸ Arrêt commenté, consid. 2.2.2 § 5.

¹⁹ Arrêt commenté, consid. 2.2.3 § 1 et les réf. cit. Selon CEROTTINI, les catégories de travailleurs pouvant être visées sont : premièrement, les travailleurs auxiliaires ou employés à temps partiel avec un horaire de travail soumis à de fortes variations, au vu des difficultés à calculer par avance leur droit aux vacances ; deuxièmement, les travailleurs engagés à temps partiel auprès de plusieurs employeurs, étant donné la difficulté d'obtenir un octroi de vacances en nature simultanément auprès de chacun d'eux ; troisièmement, les travailleurs ne bénéficiant que de contrats de courte durée (p.ex. travail intérimaire), au vu des périodes fréquentes d'arrêt de travail entre les différents engagements leur permettant de se reposer (CEROTTINI, *in* DUNAND/MAHON (éds), Commentaire du contrat de travail, Berne 2022, n. 19 ad art. 329d CO).

abondamment la doctrine et rejoignant l'argumentation de l'instance précédente²⁰, il considère qu'**au vu des logiciels et des systèmes de saisie du temps de travail actuellement disponibles, un calcul du salaire afférent aux vacances conforme à la loi n'apparaît plus comme insoutenable**, même en cas de fluctuations mensuelles du salaire. Les difficultés pratiques liées à l'irrégularité des horaires de travail retenues précédemment par la jurisprudence ne constituent ainsi plus une justification dans cette hypothèse. Indépendamment de cela, le Tribunal fédéral, rejoignant la solution proposée par la doctrine, considère qu'un paiement des vacances conforme à la loi peut également être garanti par un système prévoyant qu'une indemnité vacances soit certes calculée et indiquée chaque mois avec le salaire de base, mais qu'elle ne soit versée que lors de la prise effective des vacances. Le Tribunal fédéral conclut ainsi que pour les emplois à plein temps chez le même employeur, **une exception au principe de l'art. 329d al. 1 CO en raison de variations mensuelles du salaire dû est inadmissible**²¹.

Appliquant les développements qui précèdent au cas d'espèce, le Tribunal fédéral retient qu'un accord sur le versement d'une indemnité vacances avec le salaire courant, en dérogation à l'art. 329d CO n'était pas admissible dans le cas de cette employée, engagée à 100% auprès d'un seul employeur. Les doutes émis par celui-ci quant à la faisabilité pratique ne sont pas pertinents. Les variations des heures de travail mensuelles soulevées ne justifient pas non plus une exception.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal a rejeté le recours de l'employeuse et confirmé la décision condamnant l'employeuse à verser le salaire afférent aux vacances.

III. Commentaire

Par cet arrêt destiné à la publication rendu par les cinq juges de la Ire Cour de droit civil, le Tribunal fédéral se livre à une revue détaillée de sa jurisprudence sur la question récurrente de l'indemnité vacances, très présente en pratique.

En repassant au travers des décisions rendues en la matière durant ces 20 dernières années, le Tribunal fédéral semble vouloir reposer les bases et « remettre l'église au milieu du village » suite à quelques tentatives visant à étendre le cadre, pourtant censé être très restreint, du paiement d'une indemnité vacances avec le salaire ordinaire.

Ainsi, le Tribunal fédéral rappelle, d'une part, les principes découlant de l'art. 329d CO, en particulier celui du paiement du salaire afférent aux vacances durant la prise de celles-ci et, d'autre part, les trois conditions strictes auxquelles l'exception d'une indemnité vacances est possible (activité irrégulière [1], mention claire et expresse du montant de l'indemnité vacances dans le contrat de travail écrit [2] et dans chaque décompte salaire [3]). Il en profite également pour nuancer deux jurisprudences non publiées rendues en 2003 et 2020, non sans relever les éléments qui ne permettent pas d'en faire des arrêts de référence (arrêt rendu en

²⁰ Arrêt cantonal, consid. 4.8, p. 10 s., qui se demande si l'existence de telles difficultés peut encore être admise dans le contexte de digitalisation actuel.

²¹ Arrêt commenté, consid. 2.2.3 et les réf. cit ; CEROTTINI, *in* DUNAND/MAHON (éds), *Congés, vacances et flexibilisation du temps de travail*, « Collection CERT », Genève/Zurich 2023, p. 57.

formation tripartite seulement, pas de référence à l'ATF rendu pourtant peu de temps avant sur le même sujet, cas « très particulier »).

S'agissant de la notion d'activité irrégulière, condition matérielle indispensable à l'admission d'une exception pour le paiement d'une indemnité vacances, on relève que le Tribunal fédéral, sans la définir précisément, lui donne néanmoins une interprétation propre à cette thématique et nettement plus étroite de celle que les plaideurs ont tenté de lui attribuer selon l'expérience générale de la vie. Ainsi, il a nié que le caractère variable du salaire ou les fluctuations d'heures de travail puissent permettre, à eux seuls, d'admettre une activité irrégulière pour déroger à l'art. 329d CO. Il faut encore et surtout que des difficultés insurmontables rendent un paiement durant la prise effective des vacances quasiment impossible en pratique.

En cohérence avec son approche restrictive, le Tribunal fédéral précise avec cet arrêt que ces difficultés insurmontables n'existent *a priori* plus dans l'hypothèse d'un employé engagé à plein temps auprès d'un même employeur. Il tient également compte de l'évolution de la société, en particulier des moyens techniques à disposition de l'employeur en retenant que les logiciels et systèmes de saisie du temps de travail actuellement disponibles permettent un calcul du salaire afférent aux vacances conforme à la loi. Les dérogations tolérées jusque-là par la jurisprudence à cette disposition impérative sont ainsi encore réduites, à juste titre²².

On relèvera finalement l'importance pratique de la thématique de l'indemnité vacances au vu du nombre croissant de travailleurs employés à l'heure. Malgré la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral et les revendications des syndicats à ce sujet²³, le paiement des vacances au moyen d'une indemnité ajoutée au salaire ordinaire est encore très répandu. L'employeur avisé ne manquera ainsi pas d'examiner systématiquement si les conditions nécessaires à l'admission du paiement d'une indemnité vacances sont remplies, sans quoi il s'expose à devoir payer les vacances « une deuxième fois » si son employé bien renseigné lui réclame le salaire y afférent²⁴.

²² Cf. l'ATF 129 III 493, consid. 3.2 et 3.3, dans lequel le Tribunal fédéral examine les critiques de la doctrine au sujet de l'admissibilité de l'exception de l'indemnité vacances et son étendue, sans toutefois les trancher.

²³ Certaines CCT prévoient expressément que les vacances pour les employés à l'heure doivent être payées au moment de leur prise effective : p.ex. art. 17.6 CCT des shops de stations-service en Suisse.

Le syndicat UNIA soutient par ailleurs dans sa brochure sur le travail à l'heure que « les vacances devraient être payées au moment où elles sont prises ! ». Les salaires étant bas, il relève que les travailleurs à l'heure utilisent l'argent de l'indemnité vacances versé chaque mois pour joindre les deux bouts au lieu de le mettre de côté. De ce fait, ils prennent souvent moins de vacances que leurs collègues qui ont un salaire mensuel fixe. Or, du fait du stress supplémentaire généré par l'incertitude liée au salaire du mois suivant, ils ont besoin de suffisamment de repos : <https://www.unia.ch/fr/monde-du-travail/de-a-a-z/salaire-horaire>, consulté le 10 juin 2023.

²⁴ Pour une illustration pratique, cf. p.ex. arrêt TF 4A_72/2015 du 11 mai 2015.